

O PRECEDENTE JUDICIAL SIMBÓLICO NA MODERNIDADE PERIFÉRICA: UM DIAGNÓSTICO DOS DESAFIOS DA VINCULAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL À LUZ DA TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS

SYMBOLIC JUDICIAL PRECEDENT IN PERIPHERAL MODERNITY: A DIAGNOSIS OF THE CHALLENGES OF LINKING JUDICIAL PRECEDENTS IN BRAZIL IN THE LIGHT OF SOCIAL SYSTEMS THEORY

Jorge Adriano da Silva Junior¹

RESUMO: Através deste trabalho buscamos compreender os obstáculos ao funcionamento dos precedentes judiciais, no Brasil, a partir da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann e da teoria da modernidade periférica de Marcelo Neves. Assim, temos como problema de pesquisa a seguinte indagação: há vinculação de precedentes judiciais em regiões “periféricas”? Inicialmente, mediante uma pesquisa bibliográfica, compreendemos o direito enquanto um sistema social autopoiético da sociedade, cuja função é a generalização congruente de expectativas normativas. Em seguida, observamos que os precedentes judiciais são mecanismos criados pelo direito para reduzir sua complexidade interna e manter a consistência do sistema jurídico. Entretanto, ao final, concluímos que, principalmente em regiões mais próximas ao polo “periférico” da sociedade mundial, como o Brasil, a vinculação de precedentes encontra obstáculos em face das assimetrias sociais e constitucionalização simbólica, o que acarreta em reprodução de precedentes simbólicos no sistema jurídico.

Palavras-Chave: Precedentes. Teoria dos sistemas. Modernidade periférica. Sistema jurídico. Consistência.

ABSTRACT: Through this work, we seek to understand the obstacles to the functioning of judicial precedents in Brazil, based on Niklas Luhmann's theory of social systems and Marcelo Neves' theory of peripheral modernity. Thus, our research problem is the following question: is there a link between judicial precedents in “peripheral” regions? Initially, through a bibliographical research, we understand the law as an autopoietic social system of society, whose function is the congruent generalization of normative expectations. Next, we understand that judicial precedents are mechanisms created by law to reduce its internal complexity and maintain the consistency of the legal system. However, in the end, we conclude that, especially in regions closer to the “peripheral” pole of world society, such as Brazil, the binding of precedents encounters obstacles in the face of social asymmetries and symbolic constitutionalization, which leads to the reproduction of symbolic precedents in the juridical system.

¹ Professor Universitário do Centro Universitário Adventista de Ensino do Nordeste (UNIAENE). Mestrado em Direito no programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pós-Graduado em Direito Administrativo pela Universidade Salvador (UNIFACS). Pós-graduando em Tecnologias Educacionais Avançadas para o Ambiente de Aprendizagem (UNIAENE). Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Coordenador do grupo de pesquisa Gestão e Políticas Públicas: Avaliando a Capacidade de Políticas Públicas de Saúde, Educação e Segurança do Município de Cachoeira-Bahia, da UNIAENE. Membro do grupo de pesquisa Direito, sentido e complexidade social - DSComplex (UFBA) e do grupo de pesquisa Direito, Sociedade Mundial e Constituição - DISCO (UnB). Advogado.

Keywords: Precedents. Systems theory. peripheral modernity. Juridical system. Consistency.

1 INTRODUÇÃO

O excesso de demandas acionadas no judiciário, reflexo de uma maior inclusão sistêmica formal e da pluralidade de expectativas sociais, amplia a complexidade interna e dificulta a generalização congruente de expectativas normativas de forma equânime por parte do sistema jurídico. O fechamento operacional e a consistência das decisões judiciais demandam maior recursividade das decisões no direito e argumentação jurídica por parte dos tribunais. O sistema de vinculação de precedentes judiciais é uma instituição que visa ampliar a uniformidade das decisões judiciais. Essa recursividade decisória se revelar muito mais forte em países de tradição na *common law*. Todavia, países com tradição *civil law* também adotam, de forma temperada, a vinculação aos precedentes judiciais como forma de estruturar sua complexidade interna. Com o objetivo de ampliar a uniformização da jurisprudência, o Código de Processo Civil de 2015 ampliou e sistematizou o programa normativo de precedentes judiciais obrigatórios no ordenamento processual pátrio, bem como acrescentou instrumentos que possibilitam sua vinculação normativa. A título de exemplo, cite-se a criação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR (art. 976) e da Assunção de Competência – IAC (art. 947), bem como a positivação do art. 926, §2º, art. 927, inc. I ao V e §5º e 6º, art. 932, IV e V, art. 521, IV, entre outros (Brasil, 2015).

Todavia, cabe realizarmos uma análise sistêmica dessa importação da vinculação dos precedentes para compreendermos o seu funcionamento e seus obstáculos em regiões cuja autonomia sistêmica do direito já é um desafio. Compreender a aplicação de um instituto jurídico não significa analisar, apenas, as normas jurídicas que o regula e a forma como o poder judiciário interpreta e decide sobre determinado programa. Ou seja, a análise do funcionamento das instituições jurídicas processuais precisa ser acompanhada por uma observação de sua operação interna, no sistema jurídico, e por uma observação de segunda ordem que analise as condições jurídicas e ambientais de sua aplicabilidade. Nesse sentido, o presente artigo tem como problema: existem obstáculos à estruturação de um sistema consistente de precedente judiciais no Brasil? Temos como hipótese, que os obstáculos à vinculação consistente de precedentes judiciais no Brasil estão

associados a fatores estruturais característicos de regiões mais próximas do polo periférico de modernização da sociedade mundial.

Assim, este trabalho visa investigar os obstáculos ao funcionamento dos precedentes judiciais, no Brasil, a partir da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann e do particularismo regional da teoria da modernidade periférica de Marcelo Neves. Para alcançarmos esse objetivo, a partir de uma revisão bibliográfica em livros, artigos e demais documentos acadêmicos, primeiro compreendemos a observação da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann sobre a sociedade e sobre o direito. Em seguida analisamos a função sistêmica do precedente judicial. Ao final, realizamos uma observação dos obstáculos ao eficaz funcionamento da vinculação de precedentes judiciais sob uma perspectiva da teoria da modernidade periférica de Marcelo Neves.

2 DIREITO E SOCIEDADE À LUZ DA TEORIA DOS SISTEMAS

Niklas Luhmann (2006, p. 6-8) desenvolve sua teoria dos sistemas sociais após diagnosticar que, até o início do século XX, a sociologia não desenvolveu uma teoria social que descrevesse de forma suficiente a complexidade e contingência da sociedade moderna. Em face dessa insuficiência de referencial teórico nas ciências humanas que pudesse descrever a complexidade da sociedade moderna, Luhmann (2006, p. 40) passa a compreender a sociedade para além da tradição conceitual da sociologia e avança seus estudos para teorias desenvolvidas também em outros campos do conhecimento, como o evolucionismo, cibernética, lei das formas e autopoiese, buscando, de forma interdisciplinar, escapar da contraposição entre “ciências da natureza” e “ciências do espírito”.

Ao estudar a sociedade moderna, Luhmann (2009, p. 184) observa a complexidade enquanto a existência de possibilidades, elementos e relações maiores do que são possíveis de realizar. A ausência de uma instituição ou conceito metafísico universal favoreceu a pluralidade de expectativas e concepções de mundo, acarretando na multiplicidade de decisões e alternativas, mantendo o futuro aberto. Nesse sentido, a complexidade encontra-se associada ao conceito de contingência moderna, que representa a possibilidade de seleção de qualquer opção decisória entre as inúmeras alternativas possíveis. Cada decisão tomada poderia ser diferente em razão da não “necessidade” dos elementos (Luhmann, 1998, p. 122). Todavia, as incontáveis possibilidades de decisão promovem uma pressão seletiva contingente

na sociedade moderna, o que representou a formação de diversos subsistemas sociais funcionalmente diferenciados para reduzir a complexidade de forma a operar com sentido (Luhmann, 2006, p. 599). A diferenciação funcional sistêmica, portanto, é a “forma na qual a alta complexidade social torna-se organizável” (Luhmann, 1983a, p. 176).

Na esteira interdisciplinar que permeia, sobretudo, a segunda fase da teoria dos sistemas, Luhmann recorre, de forma inovadora, aos biólogos chilenos Maturana e Varela para descrever os subsistemas sociais a partir da metáfora da organização celular autopoietica. Os sistemas autopoieticos são definidos enquanto aqueles que “*por sí mismos producen no sólo sus estructuras, sino también los elementos de los que están constituidos en el entramado de estos mismos elementos*” (Luhmann, 2006, p. 44). Esses sistemas se fecham operacionalmente (autorreferência) e se diferenciam de seu ambiente, mantendo, entretanto, uma abertura cognitiva que possibilite a capacidade de aprendizado do sistema (heterorreferência). O fechamento operacional, assim, não implica solipsismo. É o fechamento operacional do sistema que possibilita a abertura cognitiva do direito ao ambiente (Luhmann, 2016, p. 102). Além disso, os sistemas se subdividem em sistemas constituintes de sentido (psíquicos e sociais) dos sistemas não constituintes de sentido (neurofisiológicos e orgânicos) (Neves, 2012, p. 61). Os sistemas que operam através do sentido se diferenciam do ambiente através da *re-entry* do seu código na cadeia recursiva de operação. É o próprio sistema quem se auto-observa e observa seu ambiente (Luhmann, 2006, p. 32-33).

A sociedade é uma espécie de sistema constituinte de sentido que reproduz suas comunicações a partir de comunicações próprias, constituídas apenas de suas operações (Luhmann, 2006). Essa sociedade é composta de subsistemas sociais funcionalmente diferenciados, mas não de forma hierárquica, pois a perspectiva construtivista da teoria dos sistemas observa essa sociedade de forma policontextural, não por uma ótica monocontextural, ou seja, meramente econômica, política, religiosa ou moral. Cada um desses sistemas se diferencia e forma sua autonomia e sua identidade mediante a diferença sistema/ambiente. Esses sistemas sociais operam por códigos binários próprios, positivo/negativo, que constituem uma unidade da forma de dois lados. Conforme a teoria de Spencer Brown (1972), as distinções possuem dois lados, um indicado e outro que não indicado. Assim, a unidade da diferença indicação/distinção é compreendida como uma “forma” (Nafarrate, 2015, p. 33-34). Os

códigos sistêmicos são formas binárias que possibilitam a reprodução autopoietica dos sistemas. Entretanto, a abertura cognitiva do sistema ao seu ambiente social ocorre através dos programas, que constituem critérios valorativos que orientam a indicação de um dos polos do código do sistema (Gonçalves, 2013, p. 113).

Nesse contexto, Luhmann (2016, p. 104) afirma que o sistema jurídico da sociedade opera através de código próprio (fechamento operativo) e encontra-se aberto às demandas sociais mediante sua programação (abertura cognitiva). Com a modernidade, o direito passou a determinar o que constitui direito e quais operações não são jurídicas, modificando seus elementos de forma autônoma. A positivação do direito representa justamente esse fenômeno, pois o direito é posto e alterável através de decisão, não se vinculando às fórmulas tradicionais e estáticas de limitação do futuro (Luhmann, 2016, p. 718). Mediante o desenvolvimento da teoria dos sistemas sociais, a positividade passa a ser compreendida como autodeterminação do direito. Em outras palavras, a alteração do sistema depende das operações, elementos e dos critérios do próprio sistema (Neves, 2018, p. 41).

A diferenciação funcional do direito exige, entretanto, uma diferenciação própria entre códigos e programas como dois lados de uma forma (Luhmann, 2016, p. 253). O código do direito consiste na forma direito/não-direito, ou "lícito/ilícito". Assim, a decisão judicial não deve se orientar pelos códigos dos demais subsistemas sociais, mas aplicar o código do direito determinando o que está ou não conforme o direito. A aplicação do código direito/não-direito, entretanto, é orientada pelos programas criados pelo próprio sistema, sendo que o conteúdo dessa orientação programática recebe influência dos fluxos de sentido do ambiente. Dentre os principais programas jurídicos que regulamentam os comportamentos sociais estão as leis, contratos, regulamentos, bem como os precedentes judiciais (Campilongo, 2002, p. 77). Para Luhmann (2016) os programas jurídicos podem ser classificados como condicionais ou finalísticos. Os programas condicionais são aqueles que possibilitam o enlace contínuo entre heterorreferência e autorreferência do sistema jurídico (Luhmann, 2016, p. 259). Assim, esses programas estão vinculados estritamente à estabilização das expectativas contrafáticas, o que contribui para a segurança jurídica no momento das decisões (Luhmann, 2016, p. 265). Esses programas condicionais são essenciais para desafogar o sistema jurídico através da simplificação do processo decisório (Luhmann, 1983a, p. 30). A fórmula se-então, característica do programa condicional, estabelece as condições de determinação da conformidade ou não de determinada

operação com o direito. Por outro lado, os programas finalísticos são aqueles que guiam as estruturas do sistema de forma mais abstrata. Dessa maneira, embora a orientação programática finalística seja adequada em uma perspectiva política, são programas imprecisos do ponto de vista técnico-jurídico (Luhmann, 2016, p. 264-268).

Através da diferenciação funcional dos sistemas sociais na sociedade moderna, o direito passa a ter uma função específica, qual seja: a “generalização congruente de expectativas comportamentais normativas” (Luhmann, 1983a, p. 121). Portanto, cabe ao sistema jurídico selecionar estruturas que possibilitem a generalização de determinadas expectativas sociais normativas, garantindo a coexistência entre os indivíduos e segurança jurídica. Nesse sentido, a expectativa normativa generalizada no sistema jurídico não deverá ser abandonada em caso de frustração, devendo sim ser reafirmada. Podemos perceber, portanto, uma dupla contingência (Luhmann, 2016) na função jurídica. Com a contingência e complexidade moderna, além das expectativas de comportamento de um indivíduo em relação aos outros, deve-se ser levado em consideração as expectativas dos outros em relação ao “eu”, desde que reconhecido o outro como um “outro eu” (Luhmann, 1983a, p. 46-47). Assim, quando se tem expectativa sobre a expectativa do outro, verifica-se um acesso mais rico às possibilidades comportamentais, possibilitando uma vivência com menos risco de desapontamentos (Luhmann, 1983a, p. 48).

A partir dessa abordagem tradicional da teoria dos sistemas sociais sobre o direito e sua diferenciação funcional moderna, investigaremos a função dos precedentes judiciais e os conceitos estritamente relacionados à sua estrutura.

3 A FUNÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL NO SISTEMA JURÍDICO

Os precedentes judiciais estão relacionados às decisões dos tribunais e à vinculação de seus argumentos. Assim, devemos compreender a posição dos tribunais no sistema jurídico, no qual Luhmann (2016) apresenta uma diferenciação interna entre centro/periferia. Os tribunais são organizações que organizam a comunicação do direito através das suas decisões jurídicas e ocupam o centro do sistema jurídico (Gonçalves; Villas Bôas Filho, 2013, p. 127-128). Isso porque os tribunais estão obrigados a decidir (*non liquet*) as demandas do ambiente social (abertura) a partir dos elementos e estruturas produzidos pelo próprio sistema jurídico (fechamento). Nesse sentido, Campilongo (2002, p. 35) afirma que o sistema jurídico constrange o juiz a decidir com base em seu fechamento operacional (completude e

unidade do ordenamento jurídico), reforçando a tradicional imagem do judiciário como “boca da lei”. Por outro lado, o dogma da completude do ordenamento simplifica demasiadamente o direito, pois a proibição da denegação da justiça garante a abertura do sistema jurídico às inúmeras demandas do ambiente, o que revela que o judiciário é intérprete, criador e construtor do direito.

Os tribunais, ao contrário, por razões jurídicas, devem decidir sobre qualquer demanda que neles se apresente. Só a eles incumbe o manejo do paradoxo do sistema - independentemente de como se queira denominá-lo concretamente. Só eles devem, onde for necessário, transformar a indeterminação em determinação; só eles fingem, quando é necessário, a indisponibilidade dos princípios. Só eles estão obrigados a decidir e, por consequência, só eles gozam do privilégio de poder transformar a necessidade em liberdade (Luhmann, 2016, p. 427).

Dessa forma, os tribunais estão obrigados a aplicar o código jurídico lícito/ilícito de forma recursiva, em oposição à periferia do sistema, que processa as informações externas enquanto irritação interna ao sistema, entretanto, não são obrigados a decidir acerca dessas expectativas normativas. Por outro lado, na periferia interna do direito, estão posicionados os legisladores, contraentes e todos aqueles que produzem normas jurídicas sem estar vinculados à sua produção (Luhmann, 2016, p. 429). Essa periferia, que envolve todos aqueles que operam o direito não a partir de decisões judiciais dos tribunais, funciona como zona de contato com os demais sistemas sociais. Ou seja, “os tribunais, se comparados com os legisladores e contraentes, trabalham num autoisolamento cognitivo de intensidade muito maior” (Luhmann, 2016, p. 430). Ademais, as organizações posicionadas no centro do sistema jurídico realizam uma auto-observação que o sistema recursivamente faz de si mesmo a partir da *re-entry* do código jurídico lícito/ilícito no direito. portanto, os tribunais possuem a função de supervisionar a conformidade das decisões jurídicas (leis, contratos, decisões judiciais) ao código direito/não-direito, através de observação de segunda ordem no sistema (Luhmann, 2016, p. 437). Ou seja, os tribunais decidem acerca da consistência ou não das decisões de primeira ordem, distinguindo, através do código lícito/ilícito, pela segunda vez, o sistema jurídico do ambiente social.

A autopoiese do sistema jurídico, assim, está intimamente relacionada com a atividade dos tribunais, que operam a autorreferência do sistema e buscam garantir a consistência de suas decisões. Entretanto, a pretensão de consistência interna do direito encontra inúmeros problemas na modernidade, em razão do excesso de expectativas normativas acionadas no judiciário, considerando através a pluralidade de valores sociais, o que ampliou a complexidade da análise da consistência das

decisões de primeira ordem. Entretanto, o direito cria mecanismos que buscam reduzir essa complexidade interna para garantir a estabilidade social. Nesse sentido, a importância da segurança jurídica enquanto aquisição evolutiva no direito que mantêm a diferenciação funcional. A segurança jurídica é relacionada com a própria autonomia do direito, pois está relacionada com o fato de que as demandas ambientais observadas pelo direito devem ser operadas a partir do código próprio do sistema jurídico e não de códigos de outros sistemas sociais (Luhmann, 2016, p. 258). Assim, a generalização das expectativas normativas proporcionada pelo direito contribui para orientação do comportamento dos sujeitos, o que amplia a segurança decorrente da contingência da incerteza dos comportamentos futuros. Ou seja, incerteza sempre haverá, em face da imprevisibilidade humana. Todavia, como observa Vladimir Luz (2017, p. 189), um certo grau de estabilização entre expectativas de *alter* e *ego* é fundamental para o trato cotidiano, por isso o sistema desenvolve estruturas que buscam imunizar o risco de escolhas de forma minimamente congruente.

Para Luhmann (2016), os tribunais realizam uma interpretação do direito de forma argumentativa, ou seja, fundamentando a *ratio* da sua decisão. A argumentação jurídica é uma auto-observação que, recursivamente, reage às diferentes opiniões do passado ou do futuro, acerca da atribuição do código lícito e ilícito (Luhmann, 2016, p. 469). As informações debatidas e consolidadas em uma decisão precisam ser objeto de análise em decisões futuras de forma circular, resultando em “redundância” no direito (Luhmann, 2016, p. 471). Portanto, quanto mais informação um sistema processar, mais ele depende da formação de mecanismos de redundância das operações decisórias (Luhmann, 2016, p. 472). Entretanto, a redundância jurídica não implica em proibição de variedade no sistema interno. Para Luhmann (2016, p. 478), a variedade consiste em uma informação nova que influencia na quantidade e diversidade de operações que um sistema reconhece como próprias. Enquanto a redundância é a informação que já existe no sistema, a variedade é a informação que falta para processar novas informações (Luhmann, 2016, p. 479). A argumentação jurídica promovida nos tribunais, portanto, está relacionada à redundância e variabilidade das informações na decisão jurídica que, de qualquer maneira, precisa ser consistente internamente, sendo os precedentes judiciais um mecanismo importante na autorreferrência do direito (Silva Junior, 2022, p. 32).

O precedente judicial consiste na “decisão de um Tribunal com aptidão a ser reproduzida-seguida pelos tribunais inferiores, entretanto, sua condição de

precedente dependerá de ele ser efetivamente seguido na resolução de casos análogos-similares” (Streck; Abboud, 2014, p. 42). Nesse sentido, podemos dizer que o “precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos” (Didier Jr; Braga; Oliveira, 2016, p. 441). Portanto, as razões expostas na decisão judicial precisam ser levadas em consideração como informações que compõem a argumentação sobre decisões de casos análogos, para que seja identificado o precedente judicial (Silva Junior, 2022, p. 37). Cabe ressaltar que “se todo precedente ressaí de uma decisão, nem toda decisão constitui um precedente” (Marinoni, 2010, p. 215). Considerando que nem toda decisão é um precedente, e que nem todos elementos de um precedente vinculam outras decisões cabe distinguirmos a *ratio decidendi* da *obiter dicta*. Em relação à *ratio decidendi*, ela consiste em:

uma justificação formal explícita ou implicitamente formulada por um juiz, e suficiente para decidir uma questão jurídica suscitada pelos argumentos das partes, questão sobre a qual uma resolução era necessária para a justificação da decisão no caso (Maccormick, 2008, p. 193 e 203).

Dessa forma, podemos dizer que a “*ratio decidendi* - ou, para os norte-americanos, a *holding* - são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi” (Didier Jr; Braga; Oliveira, 2016, p. 442). As razões de uma decisão, para Luhmann (2016, p. 487), seriam distinções operadas na decisão que acolhem determinadas interpretações em detrimento de outras. A *obiter dicta*, por outro lado, consiste no elemento da decisão jurídica que “não possui relevância argumentativa para a resolução do caso” (Salazar, 2019, p. 35), não vinculando sua informação a casos futuros. Portanto, são as informações contidas na *ratio decidendi* que vinculam as decisões futuras sobre casos análogos.

Todavia, as “boas razões” precisam ser providas de consistência no que tange ao direito vigente (Luhmann, 2016, p. 496), ou seja, devem estar em conformidade com o código lícito/ilícito. Considerando que as razões que fundamentam uma decisão consistem em distinções, as decisões judiciais precisam justificar a analogia entre os casos julgados para aplicar um determinado precedente. Assim, uma decisão pode não aplicar um precedente através do *distinguishing*. Os Tribunais, entretanto, não se encontram vinculados ao seu próprio precedente, podendo realizar um *overruling* do precedente judicial, a partir de novas distinções argumentativas. Por isso, “qualquer mudança de posicionamento (superção; overruling) deve ser justificada

adequadamente, além de ter sua eficácia modulada em respeito à segurança jurídica (dever de estabilidade)” (Didier Jr; Braga; Oliveira, 2016, p. 474). Nesse sentido, Almeida (2014) observa a importância do precedente judicial para a autonomia jurídica a partir de três pontos:

(I) A relação entre o precedente judicial e a confiança sistêmica (ressaltando os seus princípios correlatos, tais como: previsibilidade, segurança jurídica e igualdade); (II) O precedente judicial como instrumento de fortalecimento da comunicação (jurídica) diferenciada (ressaltando a função dos Tribunais de acordo com a teoria sistêmica); e (III) A estabilidade e adaptabilidade como características do precedente judicial, ressaltando suas técnicas de superação, além do seu papel como promotor de uma estabilidade dinâmica, que incorpora ao mesmo tempo duração/redundância e variação sistêmica, consistência jurídica e adequação social (Almeida, 2014, p. 75).

Todavia, a aplicação de precedentes judiciais não é um instrumento suficiente para a garantia da consistência do direito. É preciso compreendermos, em seguida, quais os desafios que a vinculação de precedentes enfrenta em regiões classificadas pela teoria de Marcelo Neves como periféricas.

4 OS DESAFIOS NA CONSOLIDAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS EM REGIÕES PERIFÉRICAS

Carneiro (2020, p. 4) já demonstrou que alguns problemas enfrentados pelo direito, como a solução “pós-positivista” inscrita no horizonte teórico do chamado neoconstitucionalismo brasileiro, contribuem para o deslocamento da função “diabólica” da constitucionalização simbólica para a “judicialização simbólica”. Os problemas que envolvem a “judicialização simbólica”, entretanto, transcendem os problemas advindos da aplicação disfuncional de teorias pós-positivistas. Nesse contexto, a análise do funcionamento da vinculação dos precedentes judiciais no Brasil, perpassa pela compreensão da estrutura jurídica em que o instituto opera, bem como as condições sociais que permeiam sua aplicação.

Luhmann (2006, p. 112) identifica a existência de uma única sociedade mundial, onde as comunicações sistêmicas na modernidade não são limitadas pelas condições sociais das regiões do globo terrestre a ponto de obstar a autopoiese do direito. O mundo seria uma unidade de todas as formas. Uma totalidade dos sistemas parciais (Luhmann, 2006, p. 115). O sistema jurídico da sociedade mundial se constitui enquanto unidade de todos os sistemas jurídicos regionais, operando, todas elas pelo mesmo código. Do ponto de vista jurídico-político, podemos observar, entretanto, a manutenção de estados nacionais diferenciados em sociedades regionais, pois

inexiste uma formação unitária global sobre uma perspectiva jurídico-política (Neves, 2018, p. 104).

Marcelo Neves (2018) observa que as diversas regiões da sociedade mundial exercem diferentes funções ao integrar-se nessa rede global. As assimetrias entre as funções desempenhadas pelos diversos países revelam que a modernidade não se manifesta de maneira uniforme, mas sim diversificada, o que pode ser sintetizada através do binômio centro/periferia. Neves (2018, p. 105) afirma que há uma integração subordinada dos países periféricos na sociedade mundial sob proteção dos seus próprios sistemas político e jurídico regionais. Essa assimetria bloqueia a reprodução autopoietica dos sistemas jurídico-políticos das regiões periféricas, em razão dos obstáculos impostos tanto pelos demais subsistemas (principalmente a economia) quanto pelos sistemas jurídico-políticos do centro (Neves, 2018, p. 106). A autorreferência do sistema jurídico, dessa forma, é geralmente interrompida ou pela hipertrofia de códigos de outros sistemas, principalmente da economia, ou então pela submissão do direito aos códigos e programas desenvolvidos no centro da sociedade mundial.

A modernidade periférica não apenas engloba as assimetrias entre os sistemas das diversas regiões da sociedade mundial, mas também as assimetrias entre os indivíduos e grupos sociais. Nas regiões periféricas, há uma generalizada camada de pessoas que, embora não estejam completamente “excluídas”, são subincluídos aos sistemas sociais e os “direitos fundamentais não formam um rol significativo no horizonte de sua ação e vivência” (Neves, 2015, p. 125). O outro lado da forma da desigualdade moderna, os sobreincluídos, são grupos privilegiados que são titulares de direitos, poderes e prerrogativas, todavia, não se subordinam, regularmente, à atividade punitiva, nem aos deveres para com o Estado (Neves, 2015, p. 125).

A deficitária autonomia do sistema jurídico e inclusão² generalizada das pessoas em diversas regiões da sociedade mundial comprometem o próprio primado da diferenciação funcional. A autonomia do direito se restringiria aos países centrais, não

² Bachur (2012, p. 57) realiza um “balanço crítico” do desenvolvimento luhmanniano do conceito de inclusão/exclusão, e observa a existência de um plano lógico-operativo e um plano empírico: no plano lógico-operativo, a inclusão/exclusão é percebida como forma de compreender a distinção entre sistema/ambiente, e revela as condições necessárias para o acoplamento entre sistemas psíquicos e sociais e sua interpenetração; no que tange ao plano empírico, a inclusão/exclusão se relaciona aos efeitos da discrepância de acesso aos sistemas funcionalmente diferenciados. Neves (2018, p. 390-393) também diagnostica uma mutação do conceito de inclusão em Luhmann, a partir das suas críticas à teoria dos sistemas.

sendo a diferenciação funcional um primado moderno característico da sociedade mundial. Ao contrário, a autopoiese do direito seria uma exceção. Ao invés disso, o que se apresenta é uma alopoiese (Neves, 2011, p. 142) do sistema jurídico, em razão da injunção dos códigos econômicos e políticos sobre o direito (Neves, 2011, p. 146). A “corrupção sistêmica” não é um fenômeno localizado no acoplamento de sistemas sociais específicos de forma eventual, como ocorre nos países mais desenvolvidos. Incorre em alopoiese as regiões cuja corrupção sistêmica se generaliza nas condições de reprodução do direito, atingindo o próprio “princípio” da diferenciação funcional (Neves, 2011, p. 147).

Roberto Dutra (2016, p. 102) discorda da existência de “déficit de modernidade”, pois a diferenciação funcional é o primado da modernidade na sociedade mundial, na qual as realidades locais são integradas. Aldo Mascareño (2012) também critica a teoria de Marcelo Neves ao afirmar que ela está baseada em uma “ontologização das regiões”, ao tratar da experiência latino-americana como uma “modernização negativa”, sendo que inexistente alopoiese generalizada do direito em regiões “periféricas”, pois o que se encontra historicamente são episódios de desdiferenciação funcional (Mascareño, 2010). No mesmo sentido, Stamford (2020) aduz que há diferenciação social em regiões classificadas por Marcelo Neves como periféricas, em que pese haja uma reprodução sistêmica das mazelas sociais na América Latina. Entretanto, Marcelo Neves (2018, p. 380) afirma que as assimetrias na sociedade mundial são contingentes e o esquema centro/periferia não está baseado na ontologização das regiões globais. Ao contrário, a existência da paradoxal periferação dos centros, em que se percebe zonas de exclusão em regiões centrais da sociedade mundial, já revelaria a inexistência de “tipos puros” (Neves, 2018, p. 376). Para Neves (2018, p. 377) centro e periferia seriam categorias aproximadas aos tipos ideais weberianos, ou “redução sociológica” de Guerreiro Ramos, sendo categorias sociológicas que generalizam fenômenos para sua compreensão (Silva Junior, 2021, p. 62-63).

Nesse contexto, a constitucionalização simbólica se manifesta quando não se segue à atividade constituinte e à emissão do texto constitucional uma normatividade jurídica generalizada, ou seja, uma abrangente concretização normativa do texto constitucional (Neves, 2011, p. 96). O texto constitucional se torna instrumento simbólico da política, inexistindo uma concretização pelo sistema jurídico e político das normas constitucionais. Podemos dizer, então, que as constituições simbólicas

são caracterizadas pela hipertrofia do símbolo político sobre a realização jurídica e efetiva das normas constitucionais. Neves (2018) reinterpreta a classificação “ontológica” de Loewenstein (1976), que apresenta os seguintes tipos básicos de constituição: “normativas”, “nominalistas” e “semânticas”. As constituições normativas, direcionam o processo de poder, de modo que os agentes políticos e administrativos se encontram subordinados às disposições constitucionais. (Loewenstein, 1976, p. 217). As constituições nominalistas buscam direcionar os processos de poder e controle político, entretanto, faltam às disposições constitucionais normatividade capaz de regular de fato os processos de poder. Por sua vez, as constituições semânticas apenas refletem a realidade do processo político, funcionando como um instrumento para estabilização e perpetuação do poder (Loewenstein, 1976, p. 218).

Para Neves (2018, p. 90), a constituição normativa é característica de regiões centrais da sociedade, como a Europa ocidental e a América do Norte, onde há condições estruturais para concretização das disposições constitucionais. Nas regiões mais periféricas, todavia, observamos que predominam as constituições nominalistas e instrumentais (semânticas). Nas constituições nominalistas, há uma hipertrofia da função simbólica da constituição em detrimento de sua normatividade. As “constituições instrumentalistas”, por outro lado, se manifestam quando os detentores do poder se valem dos textos constitucionais como forma de imposição de dominação política (Neves, 2018, p. 94). Em regiões mais próximas ao vetor periférico, como o Brasil, Marcelo Neves observa uma alternância entre “autoritarismo” e restabelecimento da “democracia aparente”. Ou seja, diagnostica-se uma “alternância entre constituições nominalistas e instrumentalistas caracteriza a modernização periférica” (Neves, 2018, p. 127).

Os precedentes judiciais vinculantes se inserem, no Brasil, em uma região cujas características estruturais revelam sua posição mais próxima do tipo-ideal periférico³ na sociedade mundial. Com isso, alguns obstáculos se apresentam ao eficaz funcionamento dos precedentes. Não basta transplantar os institutos tradicionais do *common law* com o fim de solucionar o problema da autorreferência jurídica. Temos

³ O conceito de centro/periferia de Marcelo Neves é um tipo-ideal weberiano. Com isso, não pretendo afirmar que não há qualquer nível de autopoiese do direito, mas apenas que as corrupções sistêmicas no Brasil não são tão eventuais como nas regiões centrais, o que aproxima o seu grau de autorreferência, associado à ampla exclusão social, ao conceito de periferia global. Neves (2018) fez um estudo minucioso, na década de 1990, que resultou na constatação de que o Brasil representaria uma região de modernidade periférica, atualizando sua pesquisa, ao final, com um posfácio à edição brasileira que revela a manutenção dos problemas de inclusão e autonomia no direito.

que identificar se a sua semântica associada à segurança jurídica encontra aderência às estruturas jurídicas e sociais.

Como vimos, o precedente judicial vinculante amplia a redundância do sistema a partir do momento em que uma decisão do tribunal, que já decidiu se uma expectativa está conforme o direito ou não, vincula a nova decisão sobre um mesmo caso. Todavia, em regiões periféricas, é comum a aplicação corrupta de um código estranho ao sistema na decisão judicial. Assim a própria construção do precedente pode estar “contaminada”, pois a injunção dos códigos ter/não-ter, ou governo/oposição, corrompe a própria produção da norma que servirá de referência para outros casos “similares”. Isso traz efeitos catastróficos nos precedentes relacionados ao direito penal. A necessidade “reparatória” de um tribunal condenar um político por corrupção, orientando sua decisão em razão de o réu compor o governo ou a oposição (codificação política), ou até mesmo por uma motivação “moral” de consideração e desprezo, pode acarretar na construção de um precedente que limite as liberdades constitucionais e promova um efeito em cascata de decisões corruptas que violam os direitos fundamentais e a autorreferência jurídica. Um precedente judicial que normatiza uma garantia processual pode ser afastado em um caso concreto, como uma forma de ‘exceção’ não verbalizada, mas aplicada conforme orientação de códigos pertencentes a outros sistemas que não ao direito. Ademais, o tribunal, orientado por códigos escusos ao direito, pode promover um *distinguishing* em face de seus próprios precedentes de forma a corromper a autorreferência jurídica, criando uma decisão excepcional *ad hoc* e inconsistente com seu padrão decisório, causando insegurança jurídica.

Ademais, as assimetrias sociais presentes na sociedade periférica, comprometem a consistência das decisões e o princípio da igualdade formal. Portanto, os direitos fundamentais não ampliam a esfera de liberdade dos subincluídos e não possuem força normativa capaz de orientar a sua completa inclusão nos diversos sistemas sociais. Uma grande parcela da população encontra-se subincluída nos sistemas, não gozando de suas prestações, mas sendo coagida por seus deveres. Em relação aos sobreincluídos, “a constituição não atua, então, como *horizonte* do agir e vivenciar jurídico-político dos detentores do poder, mas uma oferta a ser usada, abusada ou desusada por eles conforme a constelação concreta de interesses” (Neves, 2018, p. 133). Essa assimetria pode se configurar tanto na construção do precedente judicial como na sua aplicação. Ou seja, as assimetrias podem influenciar

a aplicação do *distinguishing* não como um critério de justiça que promova a igualdade, mas apenas como um critério de reprodução das desigualdades sociais, estas sim, amplamente generalizadas. A aplicação diferenciada do precedente nos remonta a outro problema típico das regiões periféricas e que comprometem a função dos precedentes judiciais: a subinclusão/sobreinclusão sistêmica. Segundo Luhmann (2016, p.298) a justiça jurídica tem como princípio tratar igual os iguais e desigualmente os desiguais, máxima aristotélica replicada na teoria dos sistemas sociais. Essa igualdade não se relaciona com a igualdade material entre os seres humanos, mas, conforme defende Luhmann (2016, p. 302), relaciona-se à “forma de regras que decidem casos iguais de maneira igual (e, portanto, casos desiguais de maneira desigual)”⁴.

Para ilustrar os problemas apresentados, podemos diagnosticar que a flexibilização das garantias constitucionais, no Brasil, como a presunção de inocência, pelo Supremo Tribunal Federal, revela a formação de precedentes que fomentam o punitivismo que assola minorias subincluídas, cujos corpos vêm sendo penalizados por séculos, como a população negra. O Supremo Tribunal Federal - STF, em 2009, proferiu decisão no HC 84.078/MG, fixando a tese de que os réus no processo penal poderiam permanecer em liberdade até o trânsito em julgado da sentença condenatória, podendo recorrer, portanto, em liberdade. Entretanto, em um contexto de apelação midiática contra o combate à corrupção, sendo a operação Lava Jato um símbolo dessa luta, o STF, formado por uma nova composição, julgou o Habeas Corpus nº 126.292, com relatoria do Ministro Teori Zavaski, modificando seu posicionamento, entendendo pela possibilidade jurídica da prisão do condenado em segunda instância, ainda que a decisão condenatória não tenha transitado em julgado. Embora essa decisão tenha um apelo popular, no sentido de que ela combateria a impunidade de políticos corruptos, em verdade, essa decisão flexibilizou a presunção de inocência em todos os processos penais no Brasil, viabilizando a reprodução sistêmica de prisões de pessoas inocentes que aguardavam o trânsito em julgado de sua decisão condenatória. Ou seja, o precedente gerado com o Habeas Corpus nº 126.292 revela uma hipertrofia do símbolo do “combate à corrupção” em detrimento do enfraquecimento da garantia constitucional da prisão em segunda instância,

⁴ A aplicação de precedente está diretamente relacionada ao princípio da igualdade formal. em sentido similar, Maccormick (2008, p. 191): “*se você deve tratar igualmente casos iguais e diferentemente casos distintos, então novos casos que tenham semelhanças relevantes com decisões anteriores devem (prima facie, pelo menos), ser decididos de maneira igual ou análoga aos casos passados*”.

atingindo, sobretudo, os subincluídos no sistema jurídico, que já possuem mecanismos deficitários de defesa jurídica.

Apenas com o julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54 é que o STF declarou a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, em consonância com o artigo 5º, LVII da Constituição Federal, garantindo que o condenado em segunda instância possa aguardar o trânsito em julgado da decisão condenatória em liberdade. Portanto, as decisões “justiceiras” que, “visando” corrigir um problema histórico da corrupção na política em uma “canetada”, condenam um ou mais políticos de forma a afrouxar as garantias legais e constitucionais dos investigados, servirá de precedente para outros casos e reforçará as assimetrias sociais, uma vez que a grande parte da população condenada criminalmente no Brasil é composta de negros⁵ e pobres, já subincluídos nos subsistemas sociais e não de políticos majoritariamente brancos⁶ e sobreincluídos sistemicamente. Além disso, as constantes mudanças no entendimento acerca de uma garantia sensível aos indivíduos, pelo STF, revelam a baixa consistência e segurança jurídica oferecida pelos precedentes do Tribunal Constitucional.

Outro caso que pode ilustrar a hipertrofia simbólica dos precedentes judiciais, se relaciona com a judicialização da saúde. Conforme aponta Carneiro (2013), essa judicialização tem causado um desequilíbrio no orçamento da saúde que reforça assimetrias sociais, uma vez que parte importante do orçamento público é destinada às despesas de tratamento de saúde de muitas pessoas sobreincluídas aos sistemas jurídico e econômico, que possuem, conhecimento de seus direitos e condições financeiras de acessar o judiciário. Assim, valores que poderiam ser destinados à melhora do sistema de saúde e atingir um espectro maior de beneficiados, principalmente subincluídos que não possuem acesso ao sistema privado de saúde, acabam financiando o tratamento de poucos cidadãos de forma indiscriminada. A ausência de critérios mais equitativos e que observem o impacto ambiental das decisões judiciais sobre o direito à saúde apenas reverbera a desigualdade social. Esses efeitos “diabólicos” causados pela quebra de isonomia na distribuição de recursos públicos apontam, conforme elucida Carneiro (2020), para a passagem de uma constitucionalização simbólica, típica da modernidade periférica, para uma

⁵ Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, efetuado pelo Departamento Penitenciário Nacional (BRASIL, 2016), 64% da população privada de liberdade é negra/parda.

⁶ Do total de deputados federais eleitos em 2018, 75,6% são brancos e apenas 24,4% se denominam como negro/pardos (IBGE, 2018).

judicialização simbólica. Esse simbolismo circula, mais uma vez, no sistema jurídico na formação de precedentes frutos da judicialização simbólica, produzindo precedentes simbólicos que aparentam resolver um problema, mas escondem a sujeira embaixo do tapete, acumulando um lixo que irá afetar principalmente os mais vulneráveis socialmente.

Dessa maneira, podemos observar a existência de vinculação de precedentes judiciais simbólicos, em um contexto periférico de modernidade, considerando que a recursividade das informações decisórias não resulta em segurança jurídica, autonomia e igualdade, sendo que seus efeitos “diabólicos” são experimentos, sobretudo, pelos subincluídos aos sistemas sociais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como vimos a teoria dos sistemas se mostra uma lente fértil para a observação de como institutos jurídicos funcionam internamente no sistema jurídico e as condições sociais de sua reprodução sistêmica. Isso porque a funcionalidade dos programas jurídicos não deriva, apenas, da literalidade dos textos que regulam institutos como os precedentes, o que demanda uma observação sistêmica das relações entre o direito e seu ambiente social em cada contexto regional da sociedade mundial.

Nesse contexto, o presente trabalho diagnostica alguns obstáculos, a partir do marco teórico sistêmico, à eficaz e consistente vinculação dos precedentes judiciais. Ao invés de ampliar a recursividade sistêmica e garantir segurança jurídica, o precedente judicial simbólico pode ter efeitos “diabólicos” e reforçar as assimetrias sociais e corrupção sistêmica presentes em regiões periféricas da sociedade. Portanto, a vinculação de precedentes judiciais em regiões mais próximas do polo periférico da sociedade mundial requer um cuidado muito maior em seu estudo e aplicação, sob pena de incorrerem, mais uma vez, em importação acrítica e ineficaz de institutos estrangeiros que não cumprem “o que prometem”, ou prometem muito mais do que podem cumprir.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, André Galvão Vasconcelos de. **(Re)estabilização de expectativas normativas: observações sobre o precedente judicial à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Dissertação. Universidade Católica de Pernambuco.

Recife, 2014. Disponível em: <http://tede2.unicap.br:8080/handle/tede/1026>. Acesso em: 12 de out. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 10 de nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 20 de fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade nº 43**. Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília, DF, 07 de novembro de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 10 de mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade nº 44**. Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília, DF, 07 de novembro de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>. Acesso em: 11 de mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade nº 54**. Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília, DF, 07 de novembro de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5440576>. Acesso em: 10 de mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84.078/MG**. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 15 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292/SP**. Plenário. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 15 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização - INFOPEN**. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 10 abr. 2019.

SPENCER BROWN, George. **Laws of form**. New York: The Julian Press, 1972.

BACHUR, João Paulo. Inclusão e exclusão na teoria de sistemas sociais: um balanço crítico. **Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais – BIB**, n. 73, p. 55-83, 2012. Disponível em: <https://anpocs.com/index.php/bib-pt/bib-73/8792-inclusao-e-exclusao-na-teoria-de-sistemas-sociais-um-balanco-critico/file>. Acesso em: 10 fev. 2020.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CARNEIRO, Wálber Araujo. A cidadania tutelada e a tutela da cidadania: o deslocamento da função simbólica da constituição para a tutela jurisdicional. In:

Souza, Wilson Alves; Carneiro, Wálber Araujo; Hirsch, Fábio Periandro de Almeida. (Org.). **Acesso à justiça, cidadania, direitos humanos e desigualdade econômica: uma abordagem multidisciplinar**. Salvador: Editora Dois de Julho, 2013.

CARNEIRO, Wálber Araujo. análise ecológica do direito fundamental à saúde: da judicialização simbólica ao silêncio eloquente do sistema e das organizações jurídicas. **Revista Direito Mackenzie**, v. 14, n. 2, 2020.

DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual**

civil. Volume 2. Salvador: Juspodivm, 2016.

DUTRA, Roberto. Diferenciação funcional e a sociologia da modernidade brasileira. **Política e Sociedade**, v. 15, n. 34, p. 77-109, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/2175-7984.2016v15n34p77>. Acesso em: 10 dez. 2021.

GONÇALVES, Guilherme Leite. Os paradoxos da certeza do direito. **Revista Direito GV**, n. 1, v. 2, jan./jun. 2006, p. 2011-222. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/viewFile/35222/34022>. Acesso em: jan. 2020.

GONÇALVES, Guilherme Leite. **Direito entre certeza e Incerteza. Horizontes críticos para a teoria dos sistemas**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann**. São Paulo: Saraiva, 2013.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Informação Demográfica e Socioeconômica. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf. Acesso em: 10 mai. 2020.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983a.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983b.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales: lineamentos para una teoría general**. Guadalajara: Universidad Iberoamericana, 1998.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de Mexico: Herder, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. ed 3. Petrópolis: Vozes, 2009.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Trad. Saulo Krieger, São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LUZ, Vladimir de Carvalho. O processo histórico de evolução do direito na sociologia de Niklas Luhmann. **Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**. v. 19, n. 2, p. 185-200, 2017. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/confluencias/article/view/34541>. Acesso em: 23 de mai. 2020.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Trad.: Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Editora RT, 2010.

MASCAREÑO, Aldo. **Diferenciación y contingencia en América Latina**. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Alberto Hurtado, 2010. E-Book.

NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann e as “formas elementares” da vida social**. Revista Brasileira de Sociologia do Direito - ABraSD, n. 1, v. 2, jan./jun. 2015, p. 28-36. Disponível em: <http://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/5/0>. Acesso em: nov. 2019.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

NEVES, Marcelo. A Constituição e a esfera pública Entre diferenciação sistêmica, inclusão e reconhecimento. In DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo (org.). **Dossiê Niklas Luhmann**. Belo Horizonte: UFMG, 2013

NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

SALAZAR, Rodrigo Andres Jopia. **Fundamentos Normativos para a construção de um método decisório baseado em precedentes judiciais**. Curitiba: CRV, 2019.

SCHWARTZ, Germano. A fase pré-autopoiética do sistemismo Luhmanniano. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHWARTZ, Germano; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. **O sistema jurídico em Kelsen e Luhmann**. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, n. 4, v. 2, 2008, p. 188-210. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/517>. Acesso em: mar. 2020.

SILVA, Arthur Stamford da. O doutor tá certo. errado é quem lhe dá razão. Marcelo Neves dentre Luhmann e críticos. In Teixeira, João Paulo Allain et al (org.). **Direito e Sociedade – Volume 2: Marcelo Neves como intérprete do pensamento jurídico contemporâneo**. Andradina: Meraki, 2020.

SILVA JUNIOR, Jorge Adriano da; RODRIGUES, Lucas Rego Silva. O ciclo paradoxal de subinclusão/sobreinclusão/desconfiança na modernidade periférica. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 8, n. 1, p. 52-74, 2021. Disponível em: <http://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/485>. Acesso em: 20 jul. 2021.

SILVA JUNIOR, Jorge Adriano da. A consistência do sistema jurídico e o caso da correção monetário do saldo do FGTS, objeto da ação direta de inconstitucionalidade nº 5.090. In Ana Silvia Begalli; Gabriela Soares Balestero (org.). **Estudos de Direito Latino Americano – Volume XII**. Campina Grande: Editora Amplla, 2022.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014